

LA NATURALEZA JURÍDICA LA EDUCACIÓN SUPERIOR PRIVADA.

*THE LEGAL NATURE OF PRIVATE HIGHER
EDUCATION.*

LUIS A. ORTIZ ZAMORA

- Profesor de grado y posgrado en la Universidad Escuela Libre de Derecho, así como del Curso de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid y de los cursos de Derecho de la Universidad de Salamanca.
 - Autor de varios libros y artículos en revistas jurídicas especializadas.
- Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA) y ex presidente de la Asociación Iberoamericana de Regulación (ASIER), entre otros.
 - Socio de BLP Legal.

LA NATURALEZA JURÍDICA LA EDUCACIÓN SUPERIOR PRIVADA.

THE LEGAL NATURE OF PRIVATE HIGHER EDUCATION.

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo es analizar la naturaleza jurídica de la educación superior privada en Costa Rica, demostrando que no constituye un servicio público, sino una actividad privada de interés público, regulada por ley formal y bajo principios de proporcionalidad y razonabilidad. El estudio abarca el marco constitucional y legal aplicable, diferenciando entre la libertad de enseñanza y el régimen de servicio público, así como la coexistencia con universidades públicas. Se utilizó una revisión doctrinal, jurisprudencial y normativa, considerando artículos constitucionales (28, 45, 46, 50, 55, 73, 78, 79, 80, 84 y 85) y leyes como la de Creación del CONESUP. Los principales resultados son que: i) La educación superior privada es un derecho fundamental sometido a autorización previa y simple inspección estatal, no a control ni concesión. ii) Se caracteriza por ser una actividad privada, dirigida al público, con interés general, bajo régimen reglamentario especial. iii) No le resulta aplicable la Ley General de la Administración Pública ni el bloque de legalidad. En conclusión, las universidades privadas ejercen la libertad de enseñanza por derecho propio, sin delegación estatal. La regulación debe ser excepcional, proporcional y mediante ley formal, preservando el contenido esencial de los derechos fundamentales. Existe una dualidad: universidades públicas prestan un servicio público asistencial, mientras que las privadas desarrollan una actividad privada de interés público.

ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze the legal nature of private higher education in Costa Rica, demonstrating that it does not constitute a public service, but rather a private activity of public interest, regulated by formal law and under principles of proportionality and reasonableness. The study covers the applicable constitutional and legal framework, differentiating between the freedom of teaching and the public service regime, as well as the coexistence with public universities. A doctrinal, jurisprudential, and regulatory review was used, considering constitutional articles (28, 45, 46, 50, 55, 73, 78, 79, 80, 84, and 85) and laws such as the CONESUP Creation Law. The main results are: (i) Private higher education is a fundamental right subject to prior authorization and simple state inspection, not to control or concession. (ii) It is characterized as a private activity, directed to the public, with general interest, under a special regulatory regime. (iii) The General Law of Public Administration and the legality block do not apply to it. In conclusion, private universities exercise the freedom of teaching by their own right, without state delegation. Regulation must be exceptional, proportional, and through formal law, preserving the essential content of fundamental rights. There is a duality: public universities provide an assistential public service, while private ones develop a private activity of public interest.

PALABRAS CLAVES

“Educación superior privada”, “actividad privada de interés público”, “servicio público”, “servicio público impropio”, “libertad de enseñanza”, “CONESUP”, “inspección estatal”, “autorización”, “regulación”, “derechos fun-

damentales", "universidades públicas", "universidades privadas", "dualidad del sistema educativo", "principio de reserva de ley", "principio de legalidad".

KEYWORDS

"Private higher education", "private activity of public interest", "public service", "improper public service", "freedom of teaching", "CONESUP (National Council of Private Higher Education)", "state inspection", "authorization", "regulation", "fundamental rights", "public universities", "private universities", "duality of the educational system", principle of statutory reservation", principle of legality".

SUMARIO

I. Introducción II. Naturaleza Jurídica De La Educación Superior Privada a. Noción De Servicio Público b. El Servicio Público Impropio III. Conclusión: La Enseñanza Superior Privada Es Una Actividad Privada De Interés Público Que No Debe Confundirse Ni Es Asimilable Al Régimen Jurídico Del Servicio Público.

I. Introducción

En un país donde, la creación de la primera universidad privada "fue toda una odisea que rompió un monopolio que estaba "hundido hasta los tuétanos" en la población porque ésta, más que "domesticada" como decía Figueres, había estado catequizada en favor del estatismo¹, y en el que, las variadas interpretaciones de la Constitución Política han "convertido a la inspección en una rémora que no le permite a las universidades privadas desplegar plenamente sus alas y volar libremente para poder llegar a alcanzar los niveles de desarrollo que el país requiere"², resulta de la mayor importancia

tener claridad sobre cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la educación superior privada y, consecuentemente, de los límites que tiene el Consejo Nacional de Enseñanza Superior Privada (CONESUP) en el ejercicio de su función de inspección.

Y es que, a simple vista, cualquiera podría pensar que la denominación, carácter o naturaleza que le demos a la educación superior privada es algo inocuo desde el punto jurídico y, consecuentemente, pura semántica. No obstante, si se para mientes en que, bajo la falsa premisa de que la educación superior privada es un servicio público el CONESUP ha concluido que su prestación "no es discrecional por parte de las Universidades", "debe cumplir con todo el bloque de legalidad", "le resulta aplicable la Ley General de la Administración Pública" y, peor aún, que con base en meras circulares puede limitarles derechos a las universidades privadas, entonces sí que la naturaleza jurídica de esta actividad adquiere enorme importancia.

En efecto, la naturaleza jurídica de una actividad no es un tema de poca monta ni mucho menos, pues basta comprender las implicaciones jurídicas que tiene declarar que una determinada actividad es servicio público para caer en cuenta del enorme impacto que tiene en los derechos fundamentales de reserva de ley, autonomía de la voluntad, iniciativa privada, empresa, competencia y elección, además de – en el caso concreto de la educación superior privada – las libertades de enseñanza y cátedra. Por esto y más conviene dejar en claro cuál es la verdadera naturaleza jurídica de la educación superior privada, a fin de tener también claridad sobre cuál es el régimen jurídico que le resulta aplicable, habida cuenta que algunos, a veces, "quieren convertirse en árbitros del prójimo."³

II. Naturaleza Jurídica De La Educación Superior Privada

1 VALVERDE BARRENECHEA, C. (2002). *Semblanza*. En la obra colectiva: "Ensayos en honor a Alberto Di Mare". San José: Academia de Centroamérica, pág. 19.

2 GUERRERO PORTILLA, R. (2024). *La inspección estatal a la libertad de enseñanza universitaria privada: su origen y concepto constitucional*. En la obra colectiva: "La Constitución 75 Años Después." San José: Universidad Escuela Libre de Derecho, 2024, pps. 689-732.

3 MALAVASSI VARGAS, J. G. (1986). *Verba Facere*. San José: Universidad Autónoma de Centroamérica, 1986, pág. 67.

a. Noción De Servicio Público

A partir de la declaración de una actividad como servicio público, las libertades económicas del particular quedan prácticamente anuladas, de ahí que uno de los mejores juristas de Francia haya señalado con acierto que: "El servicio público, en sí mismo, constituye una amenaza para las libertades públicas, es decir, para la capacidad de los ciudadanos de aquellas esferas de actividad que les pertenecen como propias."⁴

Es justamente por ello que, cuando el Estado delega la prestación de un servicio público a un privado por medio de concesión, las potestades de la Administración pública ya no derivan solamente de la norma, sino de la propia declaración concesional que confiere a la autoridad concedente un poder general y continuado de modelización interna de la actividad. Por el contrario, en relación con la tutela de las actividades privadas, por más interés público que pueda estar imbuido en ellas, a la Administración – en este caso al CONESUP - únicamente se le confieren las competencias previstas en una norma, que además, por derivación de los artículos 28 de la Constitución Política, 12.2, 18, 19 y 124 de la Ley General de la Administración Pública, debe tener rango de ley formal - por lo que en ningún caso ostenta una potestad configuradora interna; o lo que es igual, no puede intervenir individualmente en el ejercicio de la actividad para cambiar algo de su contenido jurídico, en el tanto que todas las modificaciones debe hacerlas siempre desde afuera, es decir, por vía general y por tanto normativa. Ello así, la gran diferencia entre ambos conceptos estriba en que, cuando se es mero gestor de un servicio público, se baila al compás del son que dicta la Administración delegante, mientras que, cuando se trata de actividades privadas de interés público, en las que preexiste un derecho subjetivo del agente económico para ejercer la actividad, todo ello debe ser analizado bajo la óptica de la regulación de

derechos fundamentales del particular que no existen propiamente cuando se es concesionario de un servicio público ante el cual no se tiene derecho preexistente alguno.⁵

En el ordenamiento jurídico costarricense, ni la Constitución Política ni las leyes ofrecen una definición de servicio público. Con todo, quizás sea el inciso a) del artículo 3 de la Ley de la Autoridad Reguladora el que mayores elementos ofrece a fin de que el operador jurídico pueda elaborar un concepto, pues define servicio público como "el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país **sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa**, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley." (el resaltado no es del original)

Ahora bien, ciertamente, el servicio público es un término ambiguo, con tantas definiciones como concepciones del Estado se han elaborado. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido consistentes en reconocer dos elementos básicos para su existencia, a saber: 1) que la actividad sea titularidad del Estado ("*publicatio*"); y 2) que la actividad esté dirigida al público, es decir a la generalidad de la población. Los demás elementos que aún hoy se siguen discutiendo en la doctrina y jurisprudencia pueden estar o no estar presentes, pero los dos elementos antecitados no pueden faltar. Así, de no verificarse los mismos en una determinada actividad, con absoluta certeza se puede determinar que no estamos frente a un servicio público, lo cual es coincidente con el criterio vigente de la Procuraduría General de la República sobre la noción de servicio público así expuesto en su dictamen C-165-2015 de 25 de junio de 2015 donde señaló:

"En los distintos dictámenes que han analizado el tema del servicio público en relación con la electricidad se ha enfatizado en la noción de servicio público. Se ha indicado que el concepto no es unívoco sino que es una noción cambiante y lábil (C-169-1999 de 20 de agosto de 1999). Lo que no excluye poder considerar que el servicio público

4 DEVOLVÉ, P. (1985). *Service Publique et Libertés Publiques?* Revue de Droit Administratif, número 1, 1985, págs. 1 y sigtes.

5 ARIÑO, G. (1993). *Economía y Estado*. Marcial Pons, Madrid, 1993, pps. 311-313.

es una actividad de prestación dirigida a la satisfacción de una necesidad de interés general, que es asumida por la Administración Pública bajo un régimen jurídico especial. **Dos elementos son fundamentales: el carácter de interés general de la actividad y que ésta sea asumida o prestada por una Administración Pública.** En el servicio público encontramos una actuación pública dirigida al público y que tiende a satisfacer una necesidad que —se parte— es sentida colectivamente por la sociedad. Es esa circunstancia lo que justifica la asunción pública de dicha actividad (*publicatio*).” (Resaltado es nuestro).

En conclusión, la noción de servicio público corresponde a aquella actividad dirigida al público que el Estado publica o nacionaliza únicamente mediante ley formal a fin de cumplir cometidos de interés general y de la cual, por tanto, es su titular, con exclusión de la libertad de iniciativa privada de los agentes económicos, sin perjuicio de que aquel pueda delegarles la prestación del servicio mediante concesión o permiso, lo que siempre será una potestad discrecional del Estado y nunca un derecho subjetivo preexistente de los particulares.

b. El Servicio Público Impropio

Ahora bien, como en algunas ocasiones, tanto el CONESUP como los Tribunales de Justicia de nuestro país han intentado someter a las universidades privadas a un régimen jurídico de servicio público, constreñirlas al bloque o principio de legalidad e incluso aplicarles la Ley General de la Administración Pública como si de entes públicos se tratara, todo ello con el objetivo de controlarlas más que inspeccionarlas y, en general, erosionarles sus libertades de enseñanza y de cátedra, viene a bien desmentir la pretendida naturaleza jurídica de servicio público impropio de la educación superior privada, o cuando menos desmitificar los efectos jurídicos que se le han querido endilgar.

En efecto, el término servicio público impropio es creación de Arnaldo DE VALLES en su monografía sobre *I servizi pubblici*, publicada dentro del *Primo Trattato* de ORLANDO

en 1930.⁶ En la opinión de este autor, la idea informadora de la noción de servicio público es la de que éste sea establecido para el público; es decir, para la masa indeterminada de ciudadanos que se encuentran en la necesidad y con las condiciones de reclamarlo. Es, por tanto, un concepto objetivo, fundado en la función que desarrolla. Esto hace que el Derecho positivo trate como servicios públicos, tanto a los ejercitados por entes públicos como los prestados por los particulares mediante la correspondiente autorización. En el primer caso, la actividad es pública desde el punto de vista subjetivo; en el segundo, es privada y sólo se somete a ciertas normas de Derecho público. De aquí que, si bien existen muchas analogías entre ambas actividades, también se den notables diferencias. No se puede precisar abiertamente cuál de los dos tipos sea el *propio* y cuál el *impropio*, pero como no se trata de buscar la preferencia entre ambos sistemas —concluye—, sino de delimitar la noción jurídica de las dos categorías, pueden llamarse servicios públicos en el sentido propio los que son también públicos desde el punto de vista subjetivo, porque éste es el elemento que determina el carácter público de los distintos institutos. Serán, en cambio, servicios públicos en sentido impropio, según este autor, aquellos que desde el punto de vista subjetivo constituyen actividades privadas y reciben el nombre, no la cualidad, de públicos, por la tradición y por el uso común en razón de su función, pero que, sin embargo, como actividad privada están sujetos a un régimen especial de Derecho público, porque pueden estar regulados, por esta rama del Derecho muchas de las relaciones entre sus titulares y los entes públicos de una parte, y con los particulares destinatarios del servicio, de otra.

De servicio público propio sólo puede hablarse, por tanto, cuando es asumido por un ente público y se ejercita por el mismo, sea directamente sea por medio de concesionarios. En cambio, para que se dé el servicio público impropio se requieren los siguientes requisitos:

⁶ DE VALLES, A. (1950). / *servizi pubblici, Primo Trattato* de ORLANDO, VI, p. 1º, Milán, 1930, pág. 617; GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milán, páginas 171 y se.

1) Que se trate de una actividad dirigida al público sin distinción de personas. Es lo que DE VALLES llama *La destinazione al pubblico dell'attività privata*.

2) La obligatoriedad de una tarifa.

3) Lo que mejor califica la naturaleza del servicio público impropio es el acto administrativo en virtud del cual se establece. Este acto es una autorización.⁷

Posteriormente, la doctrina administrativista se ha preocupado de distinguir conceptualmente las actividades de servicio público de un conjunto de actividades tradicionalmente desempeñadas por personas privadas que, por ser de especial interés público, ofrecen importantes semejanzas con aquéllas, pero **que NO son servicio público**. Así, los servicios públicos impropios han pasado a denominarse **actividades privadas de interés público, actividades privadas reglamentadas o disciplinadas**, precisamente para evitar la equivocidad del concepto que tiene el servicio público pues, al decir de Ariño Ortiz: "es un error metodológico (o si se quiere terminológico) seguir utilizando para estas actividades la expresión "servicio público" (aunque se le adjetive después como virtual, impropio u objetivo) si es que queremos conservar para dicha expresión un significado técnico preciso (y, por ende, un régimen jurídico específico)...Y error sería una pretendida extensión analógica a estas actividades reglamentadas, disciplinadas o programadas (que es como hay que llamar a los servicios públicos impropios) del régimen de servicio público *strictu sensu*."⁸

Entre estas actividades encontramos a las farmacias, las clínicas y hospitales privados, la banca, los seguros, la bolsa, etc. En todos estos casos la doctrina coincide en señalar que, en ninguno se da una declaración formal de servicio público, es decir no verifica la *publicatio*, razón por la cual se las considera actividades privadas⁹, de ahí que, en rela-

ción con los centros privados de enseñanza, doctrina tan autorizada como Gómez Ferrer coincide en señalar que en estos "no estamos ante un caso de servicio público concedido, sino ante un supuesto de ejercicio de actividad privada."¹⁰

Ahora bien, ciertamente, en la sentencia N° 08911 de 23 de junio de 2006, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia determinó que la educación en general es no solamente un derecho de los ciudadanos, sino también un servicio público, "esto es, como una prestación positiva que brindan a los habitantes de la república las administraciones públicas -el Estado a través del Ministerio de Educación Pública y la Universidades Públicas- con lo cual es un servicio público propio **o los particulares a través de organizaciones colectivas del derecho privado -v. gr. fundaciones, asociaciones o sociedades-** en el caso de las escuelas, colegios y universidades privadas, siendo en este caso un servicio público impropio. **En este último supuesto hablamos de un servicio público impropio** toda vez que los particulares -personas físicas o jurídicas- lo hacen sometidos a un intenso y prolijo régimen de derecho público en cuanto a la creación, funcionamiento y fiscalización de esos centros privados." (El resaltado no es del original.)

Esa referencia que hace la Sala Constitucional, sin embargo, debe acotarse a su justo sentido, lo cual la misma Sala hizo en su sentencia N° 16226 de 11 de octubre de 2017 al diferenciar entre un servicio público propio e impropio:

"En razón de lo expuesto, para definir cuándo un servicio público es propio o impropio, se debe precisar la diferencia entre: 1) **la prestación del servicio por parte del Estado pero de modo indirecto a través de un sujeto de derecho privado (verbigracia un concesionario)**; y 2) **la prestación del servicio directamente por un sujeto de derecho privado** (aunque sometido a una intensa y específica

7 Ver por todos: ENTRENA CUESTA, R. (1958). «El servicio de taxis», RAP, núm. 27, pps. 29-61.

8 ARIÑO, G. (1993). *Economía y Estado*. Marcial Pons, Madrid, pág. 311.

9 ARIÑO ORTIZ, G. (1999). *Principios de Derecho Público*

Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica), ed. Comares, Granada, pps. 504 a 506.

10 GÓMEZ FERRER, R. (1973). "El régimen general de los centros privados de enseñanzas", *Revista de Administración Pública*, núm. 70, pps. 7 y siguientes.

regulación). Al respecto, deviene necesario distinguir entre la concesión, el permiso y la autorización que pueden otorgar el Estado para la prestación de un servicio público. a. Con respecto a la concesión, este Tribunal, según la sentencia N° 3451-96 de las 15:33 horas de 9 de julio de 1996, precisamente referido al transporte remunerado de personas, incluyendo los taxis, indicó: "(...) b.- la concesión.- por medio de la concesión de servicio público el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración voluntaria de los administrados en la prestación de los servicios públicos. Por el contrato de concesión de servicio público se encomienda a una persona -física o jurídica-, por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un determinado servicio público. El concesionario lleva a cabo su tarea, por su cuenta y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio o tarifas pagadas por los usuarios, en subvenciones o garantías satisfechas por el Estado, o ambas a la vez. El concesionario queda supeditado al control propio de todo contrato administrativo; es decir, está sujeto permanentemente a la fiscalización del Estado, puesto que en este tipo de contrato siempre media un interés público, el concesionario queda vinculado a la Administración Pública como contratante y también entra en relación con los usuarios en cuyo interés se otorgó la concesión. En este tipo de contrato el concesionario tiene un derecho subjetivo perfecto y declarado; es decir, deriva un derecho patrimonial en el sentido constitucional del término, porque al otorgar una concesión de servicio público, se formaliza un contrato administrativo en sentido estricto. (...) El concesionario debe gozar de un plazo razonable para dedicarse a la actividad de que se trate, de manera que por definición los tiempos indefinidos o de corta duración se encuentran excluidos de la concesión y resultan más bien propios de los permisos, que son revocables en cualquier momento como se dijo. Por lo demás, adviértase que la concesión pertenece a la categoría de contratos administrativos que la doctrina denomina de "colaboración" y su duración es temporal, pero ha de serlo por un lapso tal que

razonablemente permita la amortización de los capitales invertidos y la obtención de una ganancia adecuada para el concesionario. Conviene indicar finalmente, que en algunas ocasiones el contrato de concesión puede incluir tratos especiales para el concesionario, relacionados con su actividad. La doctrina admite como posible que la administración asuma el compromiso de no otorgar nuevas concesiones para el mismo servicio, si éstas pueden afectar la prestación del mismo. (...) c.- la licitación: el procedimiento de licitación que contempla el artículo 182 constitucional resulta de interés no sólo para el Estado, sino, además, para los administrados. En términos generales podemos indicar que al Estado le interesa obtener las mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento de sus fines, incluyendo la prestación de servicios públicos en las calidades de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según sea la naturaleza del objeto, obtener las mejores condiciones económicas tanto desde el punto de vista del contratista como del costo para los usuarios. Desde la perspectiva de los particulares el procedimiento de licitación está caracterizado por el principio de publicidad, lo que a su vez garantiza la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad de participación. El sistema tiende a evitar tratos preferenciales e injustos y por ello es el más deseable instrumento para el trámite de los contratos administrativos... b. En cuanto a los permisos, la S., en sentencia N° 2007-4467 de las 17:29 horas de 28 de marzo de 2007, indicó: "Esta S. ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el permiso reconoce un derecho al administrado a título precario que puede ser revocado sin ninguna responsabilidad para la Administración por razones calificadas de oportunidad o conveniencia. En este sentido, es necesario dejar claro que si bien, la Administración puede anular o revocar un permiso, no se encuentra obligada a incoar un procedimiento administrativo ordinario para ello, en virtud que el permiso no otorga ningún derecho subjetivo al permisionario. Esa revocación o anulación no puede ser intempestiva o arbitraria de conformidad con lo establece el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública." (El destacado no es origi-

nal). También, mediante sentencia N° 2443-03 de las 9:57 horas de 21 de marzo de 2003, señaló: “III.- DE LA NATURALEZA DE LOS PERMISOS. El permiso es un acto que autoriza a una persona - administrado - para el ejercicio de un derecho, en principio, prohibido por el propio ordenamiento jurídico. Es una exención especial respecto de una prohibición general en beneficio de quien lo solicita. Con el permiso se tolera o permite realizar algo muy específico y determinado. Su naturaleza consiste en remover un obstáculo legal para el ejercicio de un poder preexistente, se dice que es una concesión de alcance restringido, puesto que, otorga derechos de menor intensidad y de mayor precariedad. Los caracteres del permiso son los siguientes: a) crea una situación jurídica individual condicionada al cumplimiento de la ley, siendo que su incumplimiento implica la caducidad del permiso; b) se da intuitu personae en consideración a sus motivos y al beneficiario, en principio se prohíbe su cesión y transferencia; c) confiere un derecho debilitado o un interés legítimo, la precariedad del derecho del permisionario se fundamenta en que el permiso constituye una tolerancia de la Administración Pública respectiva que actúa discrecionalmente; d) es precario, razón por la cual la Administración Pública puede revocarlo en cualquier momento, sin derecho a resarcimiento o indemnización; e) su otorgamiento depende de la discrecionalidad administrativa, por lo que la Administración Pública pueda apreciar si el permiso solicitado se adecua o no al interés general.” **c. Sobre la autorización**, este Tribunal, mediante la sentencia N° 1996- 02981 de las 14:33 horas de 19 de junio de 1996, expuso: “III. DE LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS. La “autorización” es un acto administrativo que actúa como condición de validez para que una determinada actividad sea desarrollada, o el comportamiento sea realizado, en forma legítima. La autorización no le atribuye un nuevo poder o derecho a la persona a la que ha sido otorgado; sino que únicamente le atribuye la facultad de ejercer un poder o un derecho ya existente (como en el caso en estudio, la existencia de la libertad empresarial o de comercio), es decir, implica únicamente la remoción de un obstáculo legal

para el ejercicio de un poder o de un derecho existente; de este modo, los efectos de la autorización comienzan a correr a partir del momento en que fue emitida. (...)” **Es decir, tomando en consideración los precedentes citados, considero que en el servicio público propio, la titularidad solo atañe al Estado, pero su explotación puede ser ejercida por este directamente o la puede delegar (verbigracia mediante concesión) en un particular, eso sí manteniendo el propio Estado la titularidad del servicio. El permiso es otra modalidad para que el Estado le ceda la explotación a un particular, solo que en este caso se reconoce un derecho al administrado a título precario que en principio puede ser revocado sin ninguna responsabilidad para la Administración por razones calificadas de oportunidad o conveniencia. Por su parte, en el servicio público impropio, la titularidad le atañe a un particular, pero debido al interés general que reviste la actividad, para su prestación se requiere una autorización, es decir la habilitación por parte del Estado para su ejercicio. Así las cosas, el hecho de que la actividad prestada se revista de interés general, no implica que, inexorablemente, solo el Estado pueda ser titular de la misma.”** (Resaltado es nuestro).

De la extensa cita anterior interesa resaltar que el servicio público impropio, concepto que en todo caso se ha sustituido modernamente por los términos actividad privada reglamentada o disciplinada o actividad privada de interés público, es justamente eso: una actividad privada, regida por el artículo 28 constitucional que, sin embargo, en virtud del interés público que involucra, puede ser regulada vía ley formal. Queda claro entonces que el hecho de que la Sala Constitucional haya denominado a la educación superior privada en alguna sentencia como servicio público impropio no significa que sea servicio público ni que le aplique su régimen jurídico, tanto así que en la sentencia últimamente mencionada la Sala Constitucional incluso hace la diferenciación entre un servicio público y un servicio público impropio, partiendo de la premisa que en el primero hay titularidad del Estado, mientras que el segundo es una actividad privada, sometida

a regulación legal debido al interés público que implica, lo cual, según queda claro, no convierte a las universidades privadas ni en Administración pública, ni en funcionarios públicos, ni, por tanto, les resulta aplicable ni el bloque de legalidad ni la Ley General de la Administración Pública, así como tampoco son un concesionario de un servicio público frente al cual el CONESUP tenga potestades de modalización internas ni potestades implícitas no derivadas expresamente de la ley formal. Antes bien, todas sus potestades deben derivar directamente de la ley formal, pues las universidades ejercen su actividad de enseñanza superior universitaria en ejercicio de una libertad protegida por la propia Constitución Política, es decir, se trata de un derecho preexistente que el legislador tan solo somete a autorización previa e inspección posterior, más no a control, como sí sucede en los servicios públicos en virtud justamente de la titularidad que sobre estos tiene el Estado.

III. La Enseñanza Superior Privada es una actividad privada de interés público que no debe confundirse ni es asimilable al Régimen del Servicio Público.

En el tanto que el reconocimiento de un derecho no significa nunca su ejercicio condicionado, una vez que el Estado ha identificado una actividad del individuo que reputa de interés público, con fundamento en los artículos 28, 45, 46 y 50 de la Constitución Política, éste puede intervenir en la misma. Sin embargo, puede hacerlo básicamente de dos formas: 1) ya sea respetando su calidad de actividad privada, regulándola; o bien, 2) convirtiéndola en servicio público.¹¹

En el caso de la educación superior privada, que está reconocida desde la Constitución Política como un derecho fundamental de libertad de enseñanza y para cuyo ejercicio se requiere una autorización reglada para la creación y funcionamiento de las universidades privadas, es claro que nos encontramos frente a una actividad privada reglamen-

tada o disciplinada o actividad privada de interés público, de acuerdo con la doctrina española y la jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional o servicio público impropio en la terminología italiana.¹² En cualquier caso, el fenómeno descrito se define como “una libertad del ciudadano, sometida únicamente a la fiscalización tutelar del Estado”¹³.

En este entendido, a diferencia del servicio público se caracteriza porque:

1. Es una actividad fundamentalmente privada que no está reservada al Estado.
2. No obstante ser de índole privada, reviste un interés general muy arraigado.
3. Es una actividad dirigida al público.
4. Se desarrolla en régimen de autorización y no de concesión, configurándose un régimen jurídico especial reglamentario.
5. No está asumida exclusivamente por la titularidad del Estado, aunque éste puede tener participación concomitante con los particulares en la actividad.¹⁴

Es a partir de esa comprensión que la Sala Constitucional, en su señera resolución 3550-92, quiso conscientemente separar lo que es un servicio público de una actividad privada de interés público en el siguiente sentido que vale repasar cuantas veces sea necesario:

“X - El hecho de que la enseñanza sea, precisamente, un “derecho de libertad” implica, entre otras cosas: (...)

b) Que, por ser precisamente un derecho hu-

11 ORTIZ ORTIZ, E. (1978). “Propiedad, Empresa e Intervención Pública en Costa Rica.” Revista de Ciencias Jurídicas No. 35. San José, Costa Rica. Mayo-Agosto.

12 BASSOLS COMA, M. (1977). *Convenios de Colaboración de la Administración con los Particulares*. Revista de Administración Pública N° 82 Enero – Abril. Pág. 71. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.

13 Resolución No. 3550-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

14 ARIÑO ORTIZ, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. Tercera Edición. Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 555-556.

mano fundamental, quien lo actúe lo hace a nombre propio, en ejercicio de una actividad de la que es titular y no de una concesión o permiso del poder público, el cual puede, a lo sumo, y siempre que lo haga por los órganos competentes y mediante el ejercicio de simples poderes de tutela, "inspeccionarlo", valga decir, vigilar su ejercicio para garantizar, precisa y únicamente, el equilibrio armónico entre la libertad de educación del que la ofrece -educador- y la libertad de educación del que la recibe -educando-, así como fiscalizar su cumplimiento y eventualmente sancionar su incumplimiento; (...)

G - La Enseñanza Privada es de Interés Público:

XXII - No se discute que la enseñanza privada es una actividad de interés público, y es precisamente por ello que está sujeta a regulaciones generales en beneficio de la colectividad; sin embargo, esto no la convierte en una actividad ni en un servicio público -que se ejerce por el Estado o por concesión del Estado-: es, como se dijo, una libertad del ciudadano, sometida únicamente a la fiscalización tutelar del Estado." (Resaltados son nuestros).

Nótese entonces que, el ejercicio de una libertad, como es la enseñanza privada, no puede concebirse como un servicio público cuyo titular único es el Estado que lo puede delegar en particulares por medio de una concesión. Antes bien, se trata del ejercicio de un derecho fundamental preexistente que la ley formal ha sometido a autorización previa y tan solo inspección – no control, ni fiscalización, ni supervisión - posterior. Así, es preclaro el artículo 3 de la Ley de Creación del CONESUP cuando señala que es competencia de ese órgano autorizar la creación y funcionamiento de las universidades, cuando se compruebe que se llenan los requisitos que esa ley establece, ergo, se trata incluso de una potestad reglada de CONESUP frente a un derecho subjetivo y no un mero interés legítimo que tienen los particulares de ejercer la libertad de enseñanza si cumplen con los requisitos previstos en la ley. Por ello la ley utiliza la locución autorizar y no dar en

concesión u otorgar un permiso pues, como bien lo ha delineado la Sala Constitucional, al menos en sus sentencias números 2654-97, 2981-96, 510-97 y 4305-96:

"La "autorización" es un acto administrativo que actúa como condición de validez para que una determinada actividad sea desarrollada, o el comportamiento sea realizado, en forma legítima. La autorización no le atribuye un nuevo poder o derecho a la persona a la que ha sido otorgado; sino que únicamente le atribuye la facultad de ejercer un poder o un derecho ya existente (como en el caso en estudio, la existencia de la libertad empresarial o de comercio), es decir, implica únicamente la remoción de un obstáculo legal para el ejercicio de un poder o de un derecho existente; de este modo, los efectos de la autorización comienzan a correr a partir del momento en que fue emitida. (...)" (Resaltado no es del original).

Por tanto, no es casualidad que la ley sujeta a los particulares a un régimen de autorización y no de concesión, sino que es, justamente, la consecuencia lógica de que estemos frente a una actividad privada de interés público, cuya titularidad corresponde a los privados, y no a un servicio público cuya titularidad, por el contrario, corresponde al Estado. Basta para determinar esto parar mientes en que no existe ley que haya declarado expresamente que la educación superior privada es un servicio público y por tanto titularidad exclusiva y excluyente del Estado; antes bien, la propia Constitución Política define la libertad de enseñanza como un derecho fundamental e incluso le exige al Estado fomentarla, además de que la Ley que crea el CONESUP a lo que sujeta la creación y funcionamiento de las universidades privadas es a una autorización, por demás reglada.

En conclusión: ni servicio público, ni servicio público impropio sino actividad privada de interés público que, como dijo la Sala Constitucional, es ejercicio de una libertad – la de enseñar de un lado y la de aprender del otro – y en la que, por tanto, la regulación es la excepción y solo debe hacerse vía formal, pre-

servando el contenido esencial de los derechos fundamentales en juego y solo en caso de ser necesario, en todo caso de manera proporcionada y razonable. Ejemplos como la educación superior universitaria los hay en gran cantidad en nuestro ordenamiento jurídico y no por ello están a la libre, solo que, en virtud precisamente del principio de legalidad y de reserva de ley, solo por ley formal se pueden limitar, verbigracia: la banca, los seguros, la bolsa, las telecomunicaciones, la generación distribuida de electricidad, los hospitales privados, las farmacias, etc.

No quiere ello decir que la educación superior no sea un servicio público cuando el ente que la presta es un organismo público como es el caso de las universidades públicas. En esos supuestos, que son paralelos a la educación superior privada, se trata de los llamados **servicios públicos asistenciales o sociales** cuya particularidad es que, son actividades en cierta forma a mitad de camino entre lo público y lo privado. De un lado, se trata de actividades naturalmente inclinadas a ser públicas, por ser tendencialmente deficitarias y, de otro, en cambio, la falta de tradición en el desempeño de estas actividades por parte del Estado hizo que no se consideraran, en sentido estricto, como actividades públicas. Así, su realización por la Administración se debía a la necesidad de suplir la ausencia de iniciativa privada; por ello, el Estado no se atribuyó inicialmente su titularidad ni el monopolio de su prestación, admitiéndose naturalmente que también pudieran ser ejercidas por sujetos privados¹⁵; verbigracia, precisamente, la educación en general la asumió, tanto en su carácter básico como superior, en un principio, la Iglesia.

En este sentido, por ejemplo, el artículo 55 constitucional asigna al Patronato Nacional de la Infancia, la protección especial de la madre y el menor. El numeral 73, por su lado, encomienda a la Caja Costarricense de Seguro Social la administración y el gobierno de

los seguros sociales. Y finalmente, el artículo 78 constitucional declara que la educación preescolar, general básica y diversificada en el sistema público son gratuitas y costeadas por la Nación, además de que los artículos 84 y 85, por su lado, crean la Universidad de Costa Rica como institución de cultura superior y dotan a ésta, así como al Instituto Tecnológico de Costa Rica, la Universidad Nacional y a la Universidad Estatal a Distancia de patrimonio propio a efectos de financiar la Educación Superior Estatal.

Ello no significa, sin embargo, que toda la educación sea un servicio público, pues el mismo artículo 79 constitucional garantiza, en paralelo, la libertad de enseñanza, mientras que el numeral 80 asegura el estímulo del Estado a la iniciativa privada en materia educacional. Ergo, es claro que existe una dualidad: por un lado, las universidades públicas prestan un servicio público social o asistencial mínimo, pero, del otro, se estimula la educación superior privada. Así pues, de la misma forma que no se prohíbe a los hospitales, clínicas ni farmacias privadas dedicadas a prestar servicios de salud en régimen de coexistencia con el servicio público de seguridad social, o en su caso, los orfanatos o maternidades privadas, así como tampoco operan como servicios públicos ni se les exige una concesión como si prestaran la actividad por delegación del Estado, pues de igual forma pueden las universidades privadas ejercer la libertad de educación por derecho propio, sin delegación ni control del Estado, sino bajo la simple inspección de éste, no siendo por tanto servicio público, ni propio ni impropio, sino actividad privada de interés público.

De ahí que, estos servicios asistenciales o sociales que la propia Constitución Política crea y habilita, lo que aseguran es un mínimo de satisfacción inmediata a los individuos que están en condiciones menos favorables y que ningún operador privado estaría dispuesto a asumir, por tener éstos un fin altruista. Empero, del otro lado hay toda una oferta de servicios privados, que no son servicios públicos, ni propios ni impropios, y cuya naturaleza es de actividades privadas de interés

15 SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2000). Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Segunda edición. Colección CEURA. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Setiembre 2000. pág. 302.

público, pues son ejercicio de una libertad: la de enseñanza.

Por lo tanto, la educación superior privada no es ni servicio público, ni servicio público impropio, sino actividad privada de interés público. Luego, a las universidades privadas, en el ejercicio de su libertad de enseñanza, no les resulta aplicable, ni el bloque de legalidad ni la Ley General de la Administración Pública, ni en su organización ni en su actividad, pues son personas jurídicas privadas que prestan un servicio privado, que, si bien es de interés público, se ejerce por derecho propio – fundamental, además – sujeto únicamente a las regulaciones que la ley formal les imponga, ni más ni menos.

IV. CONCLUSIONES

1. La educación superior privada en Costa Rica no constituye un servicio público, sino una actividad privada de interés público, sustentada en el derecho fundamental de libertad de enseñanza reconocido por la Constitución Política.
2. El Estado no es titular exclusivo de esta actividad, por lo que las universidades privadas ejercen la educación superior por derecho propio, sin delegación estatal, bajo un régimen de autorización previa y simple inspección, no de control ni concesión.
3. La regulación estatal debe ser excepcional, proporcional, razonable y mediante ley formal, garantizando el contenido esencial de los derechos fundamentales involucrados, conforme a los principios de legalidad y reserva de ley.
4. Existe una dualidad en el sistema educativo costarricense: las universidades públicas prestan un servicio público asistencial, mientras que las privadas desarrollan una actividad privada de interés público, coexistiendo en un marco jurídico diferenciado.
5. No resulta aplicable la Ley General de la Administración Pública ni el bloque de legalidad a las universidades privadas,

dado que son personas jurídicas privadas que actúan en ejercicio de una libertad constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico. Tercera Edición*. Editorial Comares, Granada, 2004.

ARIÑO ORTIZ, G. (1999). *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, ed. Comares, Granada.

ARIÑO, G. (1993). *Economía y Estado*. Marcial Pons.

BASSOLS COMA, M. (1977). Convenios de Colaboración de la Administración con los Particulares. *Revista de Administración Pública* N° 82 Enero – Abril. Pág. 71. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.

DE VALLES, A. (1950). / servizi pubblici, *Primo Trattato de ORLANDO*, VI, p. 1°, Milán, (1930); GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milán.

DEVOLVÉ, P. (1985). Service Publique et Libérés Publiques? *Revue de Droit Administratif*, número 1.

ENTRENA CUESTA, R. (1958). «El servicio de taxis», *RAP*, núm. 27.

GOMEZ FERRER, R. (1973). “El régimen general de los centros privados de enseñanzas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 70.

GUERRERO PORTILLA, R. (2024). La inspección estatal a la libertad de enseñanza universitaria privada: su origen y concepto constitucional. En la obra colectiva: “La Constitución 75 Años Después.” San José: Universidad Escuela Libre de Derecho.

MALAVASSI VARGAS, J. G. (1986). *Verba Facere*. San José: Universidad Autónoma de Centroamérica.

ORTIZ ORTIZ, E. (1978). “Propiedad, Empresa e Intervención Pública en Costa Rica.” *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 35. San José, Costa

Rica. Mayo-Agosto.

Resolución No. 3550-92. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2000). Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Segunda edición. Colección CEURA. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.

VALVERDE BARRENECHEA, C. (2002). Semblanza. En la obra colectiva: "Ensayos en honor a Alberto Di Mare". San José: Academia de Centroamérica.

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 19 / 1, Diciembre 2025

Costa Rica